

第三人缔约过失的责任性质及规则适用

孙 娟*

内容提要：为调整第三人缔约过失行为，《民法典合同编解释（征求意见稿）》第6条新增“合同订立中的第三人责任”，但其性质、与侵权责任的关系存疑，影响归责方式的认定。与此相关，实践中法院的相关判决中也存在归责方式混乱、责任主体范围模糊、可归责行为认定标准模糊、责任形态存疑等问题。事实上，“合同订立中的第三人责任”不同于德国法第三人缔约过失责任，其主要发挥界定第三人缔约过失行为之内涵的作用。该项责任并不独立于侵权责任而存在，但在具体认定时应当注意，以所从事法律行为中获得的信赖为交易安全提供担保而获得相对人特别信赖者，方可成为此责任主体。另外，对第三人的责任认定而言，第三人客观上须介入缔约过程并实施违背诚实信用原则的行为，主观上须意识到其行为将对他人产生影响，因果关系的认定应以“信赖”联结。

关键词：第三人缔约过失 合同订立中的第三人责任 侵权责任

一、引言

调整第三人缔约过失行为，给当事人信赖利益增加一层保护屏障，对交易安全保护意义重大。^{〔1〕}但可惜的是，我国法未明定第三人缔约过失责任，对第三人缔约过失行为的调整，主要是通过《中华人民共和国民法典》（以下简称《民法典》）第1165条第1款的侵权责任以及其他特别法规范实现。与此相适应，我国学理上关于缔约过失责任的讨论主要集中于《民法典》第500

* 孙娟，浙江大学光华法学院博士研究生。

〔1〕 参见杨立新：《债法》（第2版），中国人民大学出版社2018年版，第284页。

条缔约过失规范的性质、〔2〕德国法第三人缔约过失责任、〔3〕第三人缔约过失责任的构建、专家责任〔4〕等领域。在此背景下,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)》(以下简称《民法典合同编解释》)第6条明确规定“合同订立中的第三人责任”,引起学理与实务上的关注与争议。该条规定是否与德国法上的第三人缔约过失责任一致?其性质为何?具体应如何适用?该等问题在《民法典合同编解释》正式发布生效前,仍有进一步检讨空间。

二、现行立法与司法实践现状及主要问题

(一) 现行立法尚存解释空间

1. 《民法典》的一般规定

《民法典》侵权责任编第1165条第1款规定了过错侵权责任的一般条款,其未将纯粹经济利益排除在外,为调整第三人缔约过失行为提供了解释空间。《民法典合同编解释》第6条新增规定“合同订立中的第三人责任”,并明确了第三人承担责任的三种情形,从而形成了第1165条第1款与第6条的适用竞合。值得注意的是,第6条未使用“第三人缔约过失责任”法条题要,而是使用“合同订立中的第三人责任”。如此观之,其似乎暗含了将“合同订立中的第三人责任”区别于第三人缔约过失责任的倾向。然而,合同订立中的第三人责任与缔约过失责任皆以诚实信用原则为法理基础;在制度目的上,与第三人缔约过失责任亦无本质区别。而且,合同订立中的第三人责任的法律效果参照适用缔约过失责任,表明二者在法律效果上亦具有同质性。因此,“合同订立中第三人责任”与“第三人缔约过失责任”二者究竟是何关系、合同订立中第三人责任的性质究竟为何,实值思考。而且,在现行法体系既然可以适用侵权责任一般条款调整第三人缔约过失行为,那么是否有必要在《民法典合同编解释》明确规定第三人缔约过失责任?若应明文规定,新增制度是否与现行法律体系相协调?若不应明文规定,现行法下第三人缔约过失行为的归责机制为何?欲解决此问题,第三人缔约过失行为归责方式的认定为关键。

2. 特别法的特殊规定

除《民法典》侵权责任编第1165条第1款外,我国关于第三人缔约过失行为的调整主要通过特别法来实现,其中最为典型的是专家责任。例如,《中华人民共和国注册会计师法》(以下简称《注册会计师法》)第42条规定了会计师事务所违反规定而造成利害关系人损失的赔偿责任;

〔2〕 参见孙维飞:《〈合同法〉第42条(缔约过失责任)评注》,载《法学家》2018年第1期;于飞:《我国〈合同法〉上缔约过失责任性质的再认识》,载《中国政法大学学报》2014年第5期;冉克平:《缔约过失责任性质新论——以德国学说与判例的变迁为视角》,载《河北法学》2010年第2期;王利明:《债法总论研究》(第2版),中国人民大学出版社2018年版,第283页;柳经纬:《债权法》(第6版),厦门大学出版社2018年版,第102页。

〔3〕 参见丁勇:《论德国法中的第三人缔约过失责任》,载《法律科学(西北政法学院学报)》2004年第3期;许德风:《对第三人具有保护效力的合同与信赖责任——以咨询责任为中心》,载《私法》第8卷,北京大学出版社2004年版,第253-291页;李昊:《德国缔约过失责任的成文化》,载《清华法学》2010年第2期。

〔4〕 参见李昊:《德国专家责任的建构——以保护纯经济上损失的交易安全义务为基础》,载《私法》2013年第21期;周友军:《专家对第三人责任的规范模式与具体规则》,载《当代法学》2013年第1期;刘燕:《“专家责任”若干基本概念质疑》,载《比较法研究》2005年第5期。

最高人民法院《关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》（以下简称《会计师事务所侵权赔偿规定》）第1条表明利害关系人可向会计师事务所主张因出具不实报告而致损的赔偿责任。《中华人民共和国公证法》（以下简称《公证法》）第44条规定了相关人员实施违反诚实信用原则行为的责任承担。《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）第85条规定了发行人、保荐人、证券承销公司及其直接责任人员的信息披露义务；《证券法》第163条规定了证券服务机构的勤勉责任；《中华人民共和国证券投资基金法》（以下简称《证券投资基金法》）第99条规定了基金销售机构向投资人揭示投资风险、销售与投资人风险承受能力相当的基金产品的义务，《证券法》第88条对金融机构适当性义务予以规定。

然而，现行法中无论是特别法中的专家责任还是《民法典》中的一般侵权责任，缺漏均较为明显，主要表现为：第一，《民法典》侵权责任编第1165条第1款未规定责任主体的外延，特别法规范仅针对某一特定行业，此时可否将特别法规定类推适用于其他专业性较强但未有特别规定的行业以填补规范漏洞，尚不清楚。第二，于归责原则而言，《注册会计师法》《中华人民共和国律师法》《公证法》未对归责原则作特别规定，此时应适用一般过错责任原则，与《民法典》第1165条第1款的归责原则一致；但《证券法》第85条及第163条采过错推定责任原则，区别于一般侵权责任的归责原则。因此，现行法在对第三人缔约过失行为的调整上采不同归责原则是否合理、立法未规定的其他主体适用何种归责原则需进一步探讨。第三，第三人缔约过失的责任范围远大于专家责任，特别法无法涵盖第三人缔约过失所有类型，无法适应瞬息万变的市场交易。

（二）司法裁判标准不一

1. 归责方式混乱

司法实践中第三人缔约过失行为的归责方式主要有三种，即缔约过失责任归责、依据特别法规定归责、侵权责任归责。其一，依据《民法典》第500条缔约过失责任归责，即将缔约过失责任扩张解释为包括第三人缔约过失责任。“新疆石河子交银村镇银行股份有限公司、杜伟等缔约过失责任纠纷案”，一审法院认为：“被告交银银行关于借贷安心意外险的陈述足以令贷款客户产生信任，并直接影响客户与新华人寿公司间保险合同的成立与否，故其属于保险合同缔结相关的第三人，应承担缔约过失责任。”〔5〕其二，依据特别法规定归责，未对特别法规范进行责任性质界定，主要体现为现行法中明确规定的专家责任。在“华宇国信投资基金（北京）有限公司与吴晓红合同纠纷案”中，法院判定第三人华宇国信公司是否承担责任的主要规范基础是其是否违反了《证券投资基金法》第99条、《私募投资基金监督管理暂行办法》第16条规定的适当性义务。〔6〕其三，依据侵权责任归责，将专家责任认定为侵权责任。在“北京市方正公证处等与张喜发公证损害责任纠纷案”中，二审法院认为：“公证损害责任纠纷作为特殊类型的侵权纠纷，其特殊性为公证机构承担的赔偿责任是专家责任；根据《中华人民共和国侵权责任法》规定，方正公证处应承担与其过错程度相应的侵权责任。”〔7〕其四，对特别法未规定的第三人缔约过失行

〔5〕 新疆生产建设兵团第八师中级人民法院（2022）兵08民终634号民事判决书。

〔6〕 参见北京金融法院（2022）京74民终809号民事判决书。

〔7〕 北京市第二中级人民法院（2020）京02民终468号民事判决书。

为,依据侵权责任归责。在“徐州市华辰科技小额贷款有限公司与江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司徐州分公司、江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司财产损害赔偿纠纷案”中,二审法院指出:“德道天诚徐州分公司进行涉案评估的目的,系为确定估价对象抵押贷款额度提供参考,应可以预见到利害关系人会信赖该评估结果;现华辰小贷公司向银丰公司出借款项后,房地产实际价值与评估价值存在巨大差距,致债权无法实现;德道天诚徐州分公司存在过错,故依据《侵权责任法》第6条,其应承担赔偿责任。”〔8〕

2. 责任主体范围模糊

在第三人缔约过失场合,可否扩展第三人的范围而将特别法未明确规定的第三人纳入责任主体范围,司法实践做法不一。在“顾叶红诉董善军等房屋买卖合同纠纷案”中,法院认为:“原告决策是基于对诚信法律服务所见证意见的合理信赖,诚信法律服务所的过失与原告受侵害之间存在因果关系,其应对此承担补充赔偿责任。”〔9〕在现行法未明确规定律师对第三人的责任下,法院将其纳入责任主体范围,是对特别法中“第三人”范围的扩展,属于对《注册会计师法》《公证法》等规定的类推适用,但这样扩展第三人范围的法理基础何在,法院并未作充分说明,需进一步探讨。类似的做法还有:在“魏君与义乌市预防医学会门诊部医疗服务合同纠纷案”中,法院径以医生为专家责任主体为前提展开论证;〔10〕在“徐州市华辰科技小额贷款有限公司与江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司徐州分公司、江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司财产损害赔偿纠纷案”中,法院认为房产评估公司可纳入责任主体范围。〔11〕

3. 可归责行为认定标准模糊

司法实践中缺乏统一的第三人缔约过失行为的认定标准,第三人实施何种行为可被归责,归责的认定路径欠缺统一指引。例如,在“谢忠伟与西山区、云南省昆明市明诚公证处公证损害责任纠纷案”中,虽然原告因证据不足而败诉,但法院判决并未解释违反公证程序不严谨、不细致是否属于违反专家义务,以及违反专家义务是否必然承担专家责任。〔12〕

4. 责任形态存疑

第三人缔约过失责任的具体形态为何,司法实务存在分歧。例如,《注册会计师法》第42条、《公证法》第44条均未规定相应专家责任的承担方式,导致司法实践中有法院采补充责任。在“上诉人河南省郑州市黄河公证处与被上诉人周学智、李贵岭、施永化借款合同纠纷案”中,法院认为:“黄河公证处进行本案债权公证事项时,未尽到严格核验义务,致使周学智权利受到侵害,一审判决其承担补充赔偿责任并无不当。”〔13〕也有法院并未采此立场,如在“北京市方正公证处等与张喜发公证损害责任纠纷”案中,法院则认为:“方正公证处应承担与其过错程度相应的侵权责任。”〔14〕再如,根据《最高人民法院关于金融机构为企业出具不实或者虚假验资报告

〔8〕 江苏省徐州市中级人民法院(2018)苏03民终1097号民事判决书。

〔9〕 江苏省苏州市虎丘区人民法院(2007)虎民一初字第0403号民事判决书。

〔10〕 参见浙江省高级人民法院(2008)浙民一终字第159号民事判决书。

〔11〕 参见江苏省徐州市中级人民法院(2018)苏03民终1097号民事判决书。

〔12〕 参见云南省高级人民法院(2016)云民终7号民事判决书。

〔13〕 河南省郑州市中级人民法院(2018)豫01民终20739号民事判决书。

〔14〕 北京市第二中级人民法院(2020)京02民终468号民事判决书。

资金证明如何承担民事责任问题的通知》，金融机构在验资不实部分或虚假资金证明金额范围内承担赔偿责任，但在“中国农业银行股份有限公司长春翔运支行与杨春花、吉林博大东方会计师事务所有限责任公司侵权责任纠纷案”中，法院判决“合法债权在依法强制执行后仍不能清偿的部分，会计师事务所在其出具的虚假证明范围内承担赔偿责任”^{〔15〕}，采补充责任立场。此外，《证券法》第85条及第163条规定相关主体违反信息披露义务、勤勉责任承担连带责任。于此的连带责任究竟是部分连带还是全部连带，实务与学理认定上存在巨大分歧。

三、第三人缔约过失行为的归责依据

（一）第三人缔约过失行为归责的法理基础

为探讨缔约过失责任的内在合理性，德国法学界主要有信赖说、^{〔16〕}权利领域开放说、^{〔17〕}私法自治行为伴生说^{〔18〕}等，信赖说为主流观点。本文亦赞同信赖说，但引入权利领域开放说提及的特别结合关系可增强信赖说的论证完整性。其中，巴勒施泰德为信赖说的实际奠基者，其指出当事人对他方所表示意图之信赖为磋商成为法律关系之关键。^{〔19〕}在此基础上，拉伦茨进一步区分了一般诚信期待与增强的个人信赖。一般诚信期待为客观信赖，即磋商之人可期待相对人如一个诚实正直之人般行为，其为交易往来顺利开展之前提，为先合同义务之来源。^{〔20〕}增强的个人信赖为主观信赖，为磋商之人对相对人产生人身信赖。^{〔21〕}此二者划分为区别当事人缔约过失和第三人缔约过失的重要标准，亦为责任主体范围界定之内核。再者，弗罗斯特将权利开放领域与特别结合关系相联系，即当事人通过自愿开放权利领域而进入特别结合关系，未进入特别结合关系前，因人与人之间处于防卫隔离状态，权利保护适用侵权法。特别结合关系之产生需满足两个要件：第一，当事人彼此自愿开放权利领域允许权利领域相结合；^{〔22〕}第二，当事人基于特别目的才承担权利领域结合引发的风险。^{〔23〕}合同磋商关系属于特别结合关系无疑，但特别结合关系不能用侵权法调整的观点有待商榷。

弗罗斯特认为信任责任仅在双方进入特别结合关系时方可适用，因信任责任以诚实信用原则为依据，而仅在特别结合关系情形下诚实信用原则方为衡量个人行为之标准。^{〔24〕}基于此观点可推导出缔约过失责任产生的完整逻辑链条，即：当事人间自愿开放权利领域而产生特别结合关系从而被纳入诚实信用原则的适用范畴，在此范畴内当事人对缔约存在客观信赖；在此客观信赖中一

〔15〕 吉林省高级人民法院（2014）吉民提字第42号民事判决书。

〔16〕 Vgl. Kurt Ballerstedt, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, Archiv für die civilistische Praxis 151 (1951), 501, 506.

〔17〕 Vgl. Moritz Keller, Schuldverhältnis und Rechtskreisöffnung, 1. Aufl., 2007, S. 127.

〔18〕 Vgl. Frotz, Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, Gedenkschrift für Gschnitzer, 1969, S. 173–174.

〔19〕 参见前引〔16〕，Kurt Ballerstedt文，第506页。

〔20〕 Vgl. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band 1 Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 106.

〔21〕 Vgl. Karl Larenz, Bemerkungen zur Haftung für „culpa in contrahendo“, Festschrift für Ballerstedt, 1975, S. 415.

〔22〕 Vgl. Marina Frost, „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflicht, 1. Aufl., 1981, S. 57.

〔23〕 参见前引〔22〕，Marina Frost书，第59页。

〔24〕 参见前引〔22〕，Marina Frost书，第41–42页。

方具有向对方在自己领域施加更高程度影响的可能性，其应顾虑他人权利、法益和利益；^{〔25〕}若当事人辜负此信赖致人损害则应承担相应责任。鉴于此，特别结合关系为进入保护义务的“通道”，为产生信任责任的“工具”，承担缔约过失责任的根本原因仍为被辜负的信赖。^{〔26〕}若第三人获得对当事人权利领域的影响可能，并施加个人信赖从而对磋商进程产生与潜在合同当事人同等地位的影响，保护义务亦于第三人与合同当事人之间产生。^{〔27〕}故此，第三人缔约过失行为亦引发相应责任。

此外，虽然缔约过失责任源于缔约一方对另一方合理信赖的诱致，^{〔28〕}但当事人缔约过失责任与第三人缔约过失行为所生责任的信任责任特征有所不同，即第三人缔约过失行为的责任更强调当事人对第三人的特殊信赖，其信任责任特征更明显、信赖认定要求更严格。于缔约过失责任而言，一方当事人对另一方当事人之信任主要来源于当事人的缔约行为，该信赖为一般诚信期待。然而，于第三人缔约过失行为的责任而言，当事人的信赖尚体现为增强的个人信赖，除信任第三人在缔约过程中的行为外，尚信任第三人本身，存在双重信任风险。第三人不能直接介入当事人缔约过程，当事人信赖并允许其行为影响合同缔结，盖因其自身具备让当事人信赖的特质，此为第三人责任产生之关键，亦为第三人范围界定之核心。

（二）第三人缔约过失行为的归责方式

第三人缔约过失行为采何者归责方式，因各国立法而异。《法国民法典》第1382条侵权责任为第三人缔约过失行为的归责方式。为弥补侵权法对财产保护的不足及雇主责任中雇主通过反证免责的不足，德国民法发展出较完备的缔约过失责任制度，《德国民法典》一体规定缔约过失责任（第311条第2款）和第三人缔约过失责任（第311条第3款）。^{〔29〕}若《民法典合同编解释》顺利施行，则我国会形成侵权责任编中的侵权责任与合同编的“合同订立中的第三人责任”适用竞合。欲判定新增解释是否必要，应在厘定其内涵基础上，进一步分析其法律体系上的独立性。

1. “合同订立中的第三人责任”区别于德国法“第三人缔约过失责任”

根据《德国民法典》第311条第3款“第三人缔约过失责任”与《民法典合同编解释》第6条“合同订立中的第三人责任”之表述，二者概念内涵无本质区别，皆为调整缔约过程中第三人违背诚实信用原则的行为。但二者责任类型有所不同，德国法中第三人缔约过失责任主要包括代理人责任、磋商辅助人责任、事务管理人责任、专家责任。“合同订立中的第三人责任”则无法涵盖上述所有责任类型，从中二者差异性可见一斑。

（1）代理人责任

德国法中，代理人、磋商辅助人以个人信任对交易的可靠性提供额外个人担保方有适用第三人缔约过失责任之可能性。^{〔30〕}但是，二者无法契合我国现行法律体系，无适用“合同订立中第

〔25〕 参见〔德〕迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》，沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版，第69页。

〔26〕 Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1. Aufl., 1971, S. 532.

〔27〕 参见前引〔17〕，Moritz Keller书，第212页。

〔28〕 参见朱广新：《合同法总则研究》（上册），中国人民大学出版社2018年版，第208页。

〔29〕 参见前引〔2〕，王利明书，第320页。

〔30〕 Vgl. Feldmann, in: Staudinger BGB, 17. Aufl., 2018, § 311, Rdn. 189ff.

三人责任”之空间。

其一，于有权代理而言，《民法典》采取被代理人先承担责任再追偿的责任承担逻辑。代理人实施的民事法律行为对被代理人有效（《民法典》第162条），即使代理人不当代理造成相对人损失，此损失亦由被代理人承担，但其可向有过错的代理人追偿（《民法典》第929条）。表见代理的责任承担逻辑与有权委托代理相同（《民法典》第172条）。其二，于无权代理而言，无权代理人与被代理人之间无代理法律关系，无追认行为代理人即非合同当事人（《民法典》第171条），无权代理人非“第三人”，亦无适用“合同订立中第三人责任”之余地。其三，于隐名代理而言，若相对人在缔约过程中不知道代理关系存在，隐名代理人应为缔约过失行为承担缔约过失责任；反之，缔约行为直接约束受托人，责任承担按照有权委托代理处理（《民法典》第925条）。其四，于本人以代理人名义实施“代理行为”而言，第三人假借代理人之名行自己交易之实，被代理人为其“傀儡”。（德国法上称之为代理人对合同缔结具有自身直接经济利益^{〔31〕}）因不存委托事项代理行为，其不构成委托代理，第三人为真正合同当事人。此时可刺破“代理人”面纱，使其直接作为当事人承担缔约过失责任，而无需转引至“合同订立中第三人责任”。

（2）磋商辅助人责任

磋商辅助人属于狭义履行辅助人^{〔32〕}范畴，狭义履行辅助人与“合同订立过程中的第三人责任”中“第三人”的本质区别在于是否具备独立性。狭义履行辅助人，人格被债务人人格吸收，不具有独立主体地位，其合同履行行为在法律及法理上不被视为自己行为。^{〔33〕}狭义辅助人仅为当事人意志的传声筒，此“工具人”因无施展个人意志之空间，对方当事人不会因信赖其而作决定，履行辅助人不会改变既有信赖关系。故此，即使在缔约阶段因磋商辅助人过错造成对方当事人损失，因不存在信赖空间，第三人缔约过失行为所生责任亦不适用。根据自己责任原则，债务人应为履行辅助人帮助自己履行债务的行为负责，如《中华人民共和国旅游法》第71条第1款规定了“组团社承担责任后向履行辅助人追偿”的违约责任承担路径，此路径可类推适用于缔约阶段。

（3）事务管理人责任

事务管理人责任为德国法对代理人责任的扩展。事务管理人责任指作为事务代理人参与合同谈判的第三人，因自身特殊信赖而应为对方当事人合法权益承担照顾义务，若违反此义务则应承担缔约过失责任。^{〔34〕}其与代理人责任的区别在于：其一，其非当事人就缔结合同所委托的代理人，而是当事人为管理其事务所委托之人，其不代表当事人参与合同缔结；其二，其自身的特殊信赖必须明显超过一般人就其谨慎程度和可靠性所表示的信赖程度，^{〔35〕}此特殊信赖通常与专业能力相关。德国联邦最高法院在1971年判决中首次认定事务管理人缔约过失责任，我国法中并

〔31〕 参见前引〔3〕，丁勇文。

〔32〕 履行辅助人，分为狭义说、广义说、最广义说。狭义履行辅助人，系作为债务人债务履行帮手之人；广义履行辅助人，尚包括债务人的代理人；最广义履行辅助人，扩展至代为履行之人。参见崔建远：《第三人的原因造成违约时的责任分配论》，载《政法论坛》2023年第1期。

〔33〕 参见〔德〕迪特尔·梅迪库斯：《德国债法总论》，杜景林、卢湛译，法律出版社2004年版，第259页。

〔34〕 Vgl. Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht Verlag, 1. Aufl., 2002, S. 190.

〔35〕 参见前引〔34〕，Lorenz/Riehm书，第190页。

无与事务管理人责任相类似之制度，且不存在法律适用冲突，事务管理人责任可纳入“合同订立过程中的第三人责任”范畴。

（4）专家责任

专家责任，指从事特定职业的人员基于其专业能力引起公众特别信任，其应对不正确的咨询、鉴定、证明等行为向第三人承担责任。^{〔36〕}专家责任在司法实践中可分为专家遗嘱案群、专家意见案群、专家咨询案群，^{〔37〕}意见案群、咨询案群属于第三人缔约过失行为调整范畴。

德国法中专家意见案群以招股说明书责任为典型代表。德国法中招股说明书责任分为狭义和广义，狭义招股说明书责任指不完整或不准确的招股说明书致使投资者损失而产生的责任；广义招股说明书责任尚涉及责任主体违反信息披露义务造成投资者损失所产生的责任。^{〔38〕}于我国而言，《证券法》第85条、第163条中相关主体的信息披露义务、勤勉责任即为广义招股说明书责任的具象化。

德国法中投资预测责任即属专家咨询案群，投资预测责任指因给予不正确的或不完整的投资咨询意见而导致投资人受有损失所应承担的责任。^{〔39〕}我国法则体现为金融机构违反适当性义务^{〔40〕}所承担的责任：《私募投资基金监督管理暂行办法》第16条规定了私募基金销售机构对投资者的风险识别能力和风险承担能力的评估义务；《证券投资基金法》第99条规定了基金销售机构向投资人揭示投资风险、销售与投资人风险承受能力相当的基金产品的义务；《证券法》第88条对金融机构适当性义务予以明确规定。

概言之，“合同订立中的第三人责任”与“第三人缔约过失责任”因身处不同法律体系，二者所涵盖的第三人类型有所不同，二者非同一概念。二者皆以调整第三人缔约过失为立法目的，皆为弥补本国法律规定之阙如而生，但因各国法律体系、法律内容安排不同，所形成之制度具备明显本土化特征。《德国民法典》采“小侵权法”且相关制度存在缺陷，迫使其发展出完备的第三人缔约过失责任。而我国《民法典》侵权责任编第1165条第1款、特别法上的规定及《民法典》上的第三人欺诈、胁迫规则等，已经对第三人缔约过失行为的调整提供了较为完备的规范基础，因此《民法典合同编解释》第6条规定“合同订立中的第三人责任”的目的不应是系统性地构建德国法上的第三人缔约过失责任，其应着力于既有规范的漏洞填补或解释。故此，对“合同订立中第三人责任”必要性之探讨应立足我国法律体系，而非直接以“第三人缔约过失责任”的名义借他国制度施行之功效论证其存在意义。

2. “合同订立中的第三人责任”非独立于“侵权责任”

针对《民法典》第500条缔约过失规范的性质，我国学理上存在侵权责任和独立的缔约过失责任的争议。这两种观点分歧的核心在于“独立性”，即缔约过失责任是否独立于侵权责任。^{〔41〕}

〔36〕 参见前引〔3〕，丁勇文。

〔37〕 参见周友军：《论律师因见证行为对第三人承担的责任》，载《月旦民商法杂志》2017年第58期。

〔38〕 参见前引〔30〕，Feldmann书，边码201。

〔39〕 参见前引〔34〕，Lorenz/Riehm书，第190页。

〔40〕 适当性义务，系金融机构负有将适当的产品提供给适当的客户之义务。参见王锐：《金融机构适当性义务司法适用的实证分析》，载《法律适用（司法案例）》2017年第20期。

〔41〕 参见前引〔2〕，孙维飞文。

主张缔约过失责任具有独立性的学者主要从四个方面论证：（1）前提义务差异，即缔约过失责任中的先合同义务比侵权法要求的注意义务更重；（2）归责事由差异，即缔约过失责任以过错为归责原则，而侵权责任有大量无过错责任；（3）责任环境差异，即缔约过失责任以双方存在特别结合关系为前提，而侵权责任不需要此前提；（4）赔偿范围差异，即缔约过失责任的赔偿范围通常为信赖利益，侵权责任则为固有利益与完全性利益。^{〔42〕}持反对观点的学者则认为：（1）因缔约磋商产生的先合同义务与侵权法上的一般安全注意义务无本质区别，皆为交易安全保护义务；（2）缔约过失责任中存在无过错责任情形，以归责原则区分缔约过失责任与侵权责任不可行；（3）缔约过失行为实质为一种致人损害行为，其仅借缔约磋商形式而已，缔约过程之中或之外致人损害无本质区别，而且侵权法中亦有特别结合关系，特别结合关系非区分二者之关键；（4）信赖利益实际为纯粹经济损失，侵权法赔偿范围可涵盖之，赔偿范围无法区分二者。^{〔43〕}由此观之，缔约过失责任与侵权责任区分之关键不在于构成要件，因其调整目的相同，调整效果的区别方为“独立性”之所在，即“独立性”判定关键在于法律适用上的差别。^{〔44〕}同样，对第三人缔约过失行为的调整而言，“合同订立中的第三人责任”是否具有“独立性”是厘定其性质之关键，且其“独立性”之评价通过与侵权责任的适用对比得出。

首先，于保护客体而言，《德国民法典》明确第三人缔约过失责任的目的是填补侵权法与合同法的缝隙，而我国《民法典》不存在需要弥合之裂缝。《德国民法典》第 823 条第 1 款关于一般侵权行为的规定，保护客体仅限于生命、身体、健康、自由四大法益及绝对权，纯粹经济损失被排除在外；而第 311 条第 3 款缔约过失责任则保护当事人的一切法益，因第三人缔约过失行为侵害对象主要为信赖利益，第三人缔约过失责任适用范围明显区别于侵权责任。于我国而言，“合同订立中的第三人责任”所保护的客体为信赖利益损失，而《民法典》侵权责任编所保护的民事权益可将其涵括在内，“合同订立中的第三人责任”并未扩展侵权法客体保护范围。

其次，于适用范围而言，侵权责任可涵盖“合同订立中的第三人责任”适用情形。“合同订立中的第三人责任”将第三人承担责任的情形分为三种：其一，第三人欺诈；其二，第三人胁迫；其三，合同的订立基于对第三人的特别信赖或者依赖于第三人提供的知识、经验、信息等，第三人实施违背诚信原则的行为或者对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力有过错。其中，《民法典》总则编第 149 条、第 150 条、第 157 条对第三人欺诈、胁迫行为进行调整，《民法典合同编解释》第 6 条仅扮演了“搬运工”角色。第三种情形作为兜底条款揭示了一般适用要件，即合同订立过程中，具备特别信赖地位的第三人实施违背诚实信用原则的行为造成当事人损失。关于“合同订立过程”是否为区分缔约过失责任和侵权责任的要件，学界多有争论。有学者认为：若当事人之间因直接接触而产生“特别结合关系”，则损害处理适用缔约过失责任规则；若当事人处于未发生直接社会接触的“一般普通关系”中，则损害由侵权法调整。^{〔45〕}正如上文所述，“特别结合关系”为第三人缔约行为的责任产生起点，在责任认定上占据重要位置。但是，

〔42〕 参见韩世远：《合同法总论》（第 4 版），法律出版社 2018 年版，第 171 页。

〔43〕 参见前引〔2〕，冉克平文；前引〔2〕，于飞文。

〔44〕 参见前引〔2〕，孙维飞文。

〔45〕 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第 4 册），中国政法大学出版社 1998 年版，第 11 页。

此“特别结合关系”非仅发生于缔约领域，侵权法并未排除救济“特别结合关系”中所生损害，“一般普通关系”“特别结合关系”中的民事权益皆为侵权法保护范围。^{〔46〕}根据《民法典》第1165条，只要行为人因过错侵害他人民事权益造成损害，皆应承担侵权责任，行为是否发生于合同订立过程中在所不问。第三人缔约过失行为仍属于致人损害行为，^{〔47〕}宽泛的过错侵权责任条款完全可将其涵盖。

最后，于适用效果而言，“合同订立过程中的第三人责任”的目的为调整三人在订立合同中违背诚实信用原则的行为，其通过损害赔偿实现，且根据《民法典合同编解释》第5条损害赔偿的范围仅限于信赖利益，缔约过程中的所有权和身体损害赔偿则不包括在内，而侵权责任都能予以救济。

概言之，“合同订立中的第三人责任”性质之界定非论证其在我国民法体系中具有“独立性”之关键，即使“合同订立中的第三人责任”与“侵权责任”性质不同，其法律适用上仍无独特之处。性质界定更具学理意义，而观察制度能否与我国现行法律体系相协调方具现实意义。《民法典合同编解释》第6条将业已规定的第三人欺诈、胁迫予以归纳，并在此基础上总结出兜底条款，其目的更偏向于界定第三人缔约过失行为内涵，从而指引司法裁判，而不是单独建构第三人缔约过失责任。故此，我国现行法律体系下，第三人缔约过失行为之调整仍应诉诸侵权责任。但是，侵权责任仅为第三人缔约过失行为调整的“终点”，现有法律规定中搭乘第三人缔约过失行为的“列车”通向侵权责任的“路径”尚不清晰。故此，亟需厘清第三人缔约过失侵权的责任适用规则，此一般规则之探究以信赖原则为法理基础，以《民法典合同编解释》第6条和特别法规范为指引。即在以过错侵权责任条款调整第三人缔约过失基础上，从《民法典合同编解释》第6条和特别法中抽象出调整第三人缔约过失的一般规则，形成“一般规则+特别规定”的法律规制体系。

四、第三人缔约过失行为归责的关键要素认定

（一）第三人范围界定

1. 第三人具备“信赖特质”

第三人作为独立主体，因缔约过失行为承担责任的重要标准为合同当事人一方对其产生了人身性信赖，^{〔48〕}责任成立以当事人一方对第三人的信赖为基础。《德国民法典》第311条第3款指出第三人须享有特殊信赖，且因而重大影响契约磋商或缔结；《民法典合同编解释》第6条亦强调“合同的订立基于对第三人的特别信赖”。质言之，当事人对第三人之人身性信赖，源于第三人具备的“信赖特质”，其来源可分为三个方面。其一，基于第三人专业能力而信赖，即第三人在特定领域具备为公众所信赖的专业能力，第三人专业能力以专业知识或从业资格为表征，以行业认可程度为评价标准，行业认可程度与社会公众信赖程度成正比。此者通常为专家责任的主

〔46〕 参见李中原：《缔约过失责任之独立性质疑》，载《法学》2008年第7期。

〔47〕 参见前引〔2〕，冉克平文。

〔48〕 参见前引〔25〕，迪尔克·罗歇尔德斯书，第80页。

体，如证券服务机构勤勉责任；《民法典合同编解释》第6条提及的因提供知识、经验、信息等而被依赖者即属于此。其二，基于第三人高尚品性而信赖，第三人在特定范围内具备足以让人信赖的声誉。第三人品性以人处世方式为表征，以社会评价为认定标准。此者通常在当地甚至全国享有较高社会声誉，为当地人甚至全国公众所尊重。其三，基于亲密社会关系^{〔49〕}或其他原因而信赖：与受损人间有血缘关系、密切社交关系而被信赖，如亲属、朋友；与受损人间有利益关系而被信赖，如合作伙伴；向受损人提供了坚定的信赖要求表示而被信赖等。值得注意的是，第三人具备“信赖特质”为责任主体的必要非充分要件，即其为责任主体的必备特征，但并非具备“信赖特质”者皆可为责任承担者。

2. 第三人的信赖在从事法律行为时获得

具备“信赖特质”的第三人承担责任的前提为当事人对第三人的信赖是其从事法律行为时获得的，即当事人信任第三人在其所从事的法律行为上具备优势或具备施加更高程度影响的可能，纯粹私人生活领域内的信赖不会产生信赖责任。^{〔50〕}如丈夫订立合同时咨询妻子的意见，不会引发第三人缔约过失侵权，盖因要求纯粹私人领域信赖之人承担信赖责任将破坏私人正常生活秩序使然。鉴于此，《民法典合同编解释》第6条“合同订立基于对第三人的特别信赖”应理解为“合同订立基于对第三人在缔约过程中所获得的特别信赖”。

3. 第三人获得的信赖为“特别信赖”

《民法典合同编解释》第6条强调当事人对第三人的信赖为“特别信赖”，即在一般诚信期待之外，尚需达到增强的个人信赖标准。“特别信赖”标准肇源于德国法判例，即第三人所提供之信赖应超过通常磋商信赖，^{〔51〕}且仅单纯提及具备专业知识不足以引起特别信赖。^{〔52〕}而且，其判例进一步丰富了“特别信赖”内涵，即第三人对意思表示的真实性和完整性做了“担保”，并对相对人做出决定发生了重要的影响，则构成特别信赖。^{〔53〕}如“刘守义、锦州市太和区新民街道北壕村村民委员会等土地租赁合同纠纷案”中，法院认为：“被告北壕村委会与张守林签订的《协议书》实为遮阴损失补偿协议，并非土地承包经营权证，原告在租赁案涉土地时，应当向北壕村委会了解案涉土地是否能取得土地承包经营权证；而原告没有了解，单纯信赖北壕村委会与张守林签订的《协议书》，故此信赖只是一般信赖，缺乏法律保护依据，北壕村委会不应承担第三人缔约过失责任。”^{〔54〕}质言之，特别信赖的形成实质为第三人获得个人信赖并积极使用之结果，即以其所从事法律行为上具备的优势为交易安全提供“担保”，进而影响当事人决策。如专家责任中，“特别信赖”之获得体现为因专业能力获得信赖基础上出具专家意见书。

概言之，以所从事的法律行为中获得的信赖为交易安全提供担保从而获得特别信赖者，方可成为第三人缔约过失行为的责任主体。

〔49〕 Vgl. Roland Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Aufl., 2017, S. 60.

〔50〕 参见前引〔4〕，李昊文。

〔51〕 通常磋商信赖，系在合同缔结过程中就谨慎程度和可靠性对每个人所表示之信赖。参见前引〔34〕，Lorenz/Riehm书，第374页。

〔52〕 Vgl. BGHZ 126, 181 (189).

〔53〕 Vgl. NJW-RR 1991, 1241 (1242).

〔54〕 辽宁省锦州市中级人民法院（2021）辽07民终2730号民事判决书。

（二）第三人行为可归责性的认定

1. 第三人介入缔约过程的认定

根据《民法典合同编解释》第6条规定，第三人缔约过失行为须发生于合同订立过程中，第三人须为合同缔结的“推动者”，其决定性地参与磋商，并对合同缔结有实质影响。第三人从“局外者”到合同缔结“推动者”的角色转变涉及责任起点之认定，其始于第三人与合同当事人产生“特别结合关系”（介入缔约过程）而负保护义务，^{〔55〕}故第三人是否介入缔约过程关乎第三人能否实施缔约过失行为。缔约过失责任中当事人可径行进入缔约过程，但第三人无法独立径行开启缔约过程，需经由合同当事人方可为之，当事人缔约过失责任的始点与第三人介入缔约过程的时点并非完全吻合。

第三人经由当事人介入缔约过程主要有两种方式，即借由非受损方、直接与受损方实质接触。^{〔56〕}首先，于第三人借由非受损方介入缔约过程而言，第三人通常与非受损方存在相关债权债务关系，且此债权债务关系可使第三人行为对缔约结果产生实质影响。此类债权债务关系主要包括二者：其一，其可产生第三人代替非受损方参与合同缔结之效果，如第三人为当事人的代理人；其二，第三人虽未亲自参与合同缔结，但其债务履行行为对合同缔结产生实质影响。如C为A委托的鉴定机构，B因相信C的鉴定结果而与A订立合同。此类第三人自履行其债务伊始介入当事人缔约过程而负保护义务。其次，于第三人直接与受损方实质接触而言，第三人与当事人间不存在可介入缔约过程的债权债务关系，第三人介入缔约过程主要有两种情形：其一，当事人尚未进入缔约阶段，第三人直接接触受损方而径行推动缔约开启。如“深圳市恒信财富资产管理股份有限公司、王俊香等金融委托理财合同纠纷案”中，恒信公司因向王俊香推荐金融产品而负适当性义务，并推动了王俊香的投资行为。^{〔57〕}其二，当事人已进入缔约阶段，第三人与受损方的接触行为实质影响合同订立。如在Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd案中，当事人开始缔约谈判后，H向银行P咨询E的信用状况，P隐瞒E的不良信用情况导致H与E缔结合同而遭受损失。^{〔58〕}

2. 第三人客观行为可归责性认定

《民法典》第500条规定的兜底条款，即“其他违背诚实信用原则的行为”，表明缔约过失行为本质为在缔约过程中违反诚实信用原则的行为，《民法典合同编解释》第6条第2款亦将第三人实施违背诚信原则的行为作为兜底条款。但其尚并列规定“对合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力有过错”的兜底条款，二者因不属同一评价范畴，并列规定存在逻辑悖论，且后者可为“违背诚实信用原则的行为”所涵盖，有重复规定之嫌。“合同不成立、无效、被撤销或者确定不发生效力”涉及意思表示效力评价规范，其为第三人缔约过失行为之后果，以后果反推构成要件存在逻辑悖论。而《民法典》中因第三人过错导致合同被撤销的行为实为第三人欺诈、

〔55〕 参见王洪亮：《债法总论》，北京大学出版社2016年版，第70页；前引〔28〕，朱广新书，第210页。

〔56〕 有学者从受咨询人视角，将咨询责任中咨询人与受咨询人间的关系分为“一次性接触”型、“第三人转交”型，而本文此分类基于“第三人”视角。参见前引〔3〕，许德风文。

〔57〕 参见山东省高级人民法院（2022）鲁民终406号民事判决书。

〔58〕 See Hedley Byrne & Co Ltd v. Heller & Partners Ltd [1963] UKHL4.

胁迫，其法律效果之外延似乎大于第三人缔约过失侵权的责任，即除损害赔偿责任外，尚涉及合同效力评价，但仍属“违背诚实信用原则”范畴而适用第三人缔约过失侵权的责任。具言之，第三人欺诈、胁迫立足于维护合同订立时当事人意思表示真实性，意欲解决意思表示效力认定问题，为意思表示效力评价手段；而第三人缔约过失侵权的责任则基于维护当事人合法权益视角，目的为损害救济，为责任承担方式。^{〔59〕}鉴于此，第三人欺诈、胁迫作为意思表示效力评价规范不能当然引发由债务违反所生之责任承担，其所生之法律效果为合同可撤销，但将其转引至第三人缔约过失范畴内，则可适用之。同样，第三人缔约过失作为法定之债，不能直接引发对合同效力评价之效果，可将其置于第三人欺诈、胁迫中认定合同效力。概言之，在我国缔约过失制度不具备废除合同功能的情况下，不应苛求其成为全能救济方式，应重点着眼于“单效果”的欺诈与“单效果”的缔约过失之间的关系，如此方能实现法律制度联动、法律体系协调。^{〔60〕}

此外，第三人违反诚实信用原则的行为，可具体化为因违反诚实信用原则所生的保护义务，^{〔61〕}义务对象包括权利、法益、财产保护，义务内容包括诚信缔约、告知、保密等义务。^{〔62〕}值得注意的是，第三人所负保护义务的具体内容应根据第三人的“身份”确定，但应以违反该义务将误导当事人决策为必要。如在“谢忠伟与西山区、云南省昆明市明诚公证处公证损害责任纠纷案”中，公证机关虽公证程序不严谨，但出具的公证结果真实，公证机关谨慎注意义务的违反不会误导当事人行为而造成损害，故此义务违反行为不具可归责性。^{〔63〕}

3. 第三人主观可归责性认定

第三人缔约过失行为的责任以过错为归责要件，盖因诚实信用原则、契约自由原则之价值实现使然。^{〔64〕}相较于缔约过失责任，第三人缔约过失行为中第三人主观上的可归责性尚体现为，第三人意识到或应当意识到其行为将展示给他人，且将成为他人作决定之基础。^{〔65〕}因第三人非合同当事人，不能当然认定其能意识到其行为会影响他人，若受影响之人非第三人所意识或应当意识到之人，第三人承担责任则显失公平，且会不当扩大责任范围。如在“徐州市华辰科技小额贷款有限公司与江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司徐州分公司、江苏德道天诚土地房地产评估造价咨询有限公司财产损害赔偿纠纷案”中，二审法院认定房地产评估公司责任时提及“其进行涉案评估的目的，系为确定估价对象抵押贷款额度提供参考，应可以预见到利害关系人会信赖该评估结果”^{〔66〕}。事实上，第三人不需要意识到信赖其行为的具体为何人，只要了解其行为会影响他人即可，但第三人意识或应当意识到他人的范围因其行为的异质性而有所不同。如卡纳里斯教授针对咨询提供人承担责任对象的认定提出两个标准：其一，如果咨询意见是为了用于某个项目，则该项目中所涉及的人均属于受信赖责任保护之人；其二，咨询提供人的责任在时

〔59〕 参见前引〔42〕，韩世远书，第167页。

〔60〕 参见尚连杰：《缔约过失与欺诈的关系再造——以错误理论的功能介入为辅线》，载《法学家》2017年第4期。

〔61〕 “广义而言，缔约阶段诚信原则引起的所有义务皆可称作保护义务，即防止对方遭受财产或精神上的损失。”前引〔2〕，孙维飞文，第189页。

〔62〕 参见前引〔42〕，韩世远书，第174页。

〔63〕 参见云南省高级人民法院（2016）云民终7号民事判决书。

〔64〕 参见丁海俊：《债权法教程》，对外经济贸易大学出版社2011年版，71页。

〔65〕 Vgl. BGHZ 159, 1.

〔66〕 江苏省徐州市中级人民法院（2018）苏03民终1097号民事判决书。

间上应以特定项目为限,若咨询意见被用于其他用途,则其不负责任。由此观之,他人范围与第三人行为的目的有关,只要在其行为目的范围内所涉及之人,皆为第三人应意识到之人。

4. 第三人缔约过失行为与当事人损害间因果关系的认定

第三人缔约过失行为与当事人损失须具有因果关系,第三人须实质干预契约关系,即当事人因信任第三人而订立合同从而遭受信赖利益损失。鉴于此,二者间因果关系之认定以当事人信任第三人为关键。首先,当事人是否对第三人产生信赖,应采自身信赖标准,即根据当事人自身状况判断其对第三人产生信赖的可能性、其因信赖第三人而订立合同的可能性。其一,当事人是否对同一第三人产生信任因人而异。如专家责任中,相较于具备专业知识之人,一般社会公众更容易信赖专家的意见。其二,当事人对第三人的信赖为订立合同的原因力。即使当事人信赖第三人,亦可能存在订立合同的决定性因素为其他因素的情形。在“韦林诉利安达、中瑞岳华会计师事务所案”中,法院认为原告没有依赖被告的审计报告错失回购股权的最佳时机,被告的审计报告与原告的损失无关,而否定了相关责任。^{〔67〕}其次,当事人对第三人的信赖应具有合理性,并非只要当事人对第三人产生了信赖,第三人即应承担赔偿责任。若当事人基于不合理信赖进行交易,属于自甘风险。当事人的信赖是否合理取决于当事人是否在判断第三人及其行为可信度时尽到了合理注意义务,具体体现为当事人对第三人及其行为的综合考察。如在专家责任中,有学者指出:“第三人的信赖是否合理,要综合考虑各种因素来认定,主要包括四个方面:其一,专家意见的出具时间;其二,专家意见的保护范围,或者项目的保护范围;其三,专家意见是否是最终版本;其四,专家的保留性声明。”^{〔68〕}

(三) 第三人缔约过失行为侵权的归责原则厘定

具体第三人缔约过失行为是否适用过错推定责任原则,需基于过错推定责任的适用要求和立法目的予以解释。首先,依据《民法典》第1165条第2款,过错推定责任之适用以法律特别规定为准。对此,仅《证券法》第85条、第163条规定了相关主体的过错推定责任,未有法律特别规定时,第三人缔约过失行为应适用一般过错责任原则。其次,过错推定原则本质仍为过错责任,只是在适用过错原则下受害人难以举证时,方适用过错推定责任。^{〔69〕}其立法功能在于,通过加重加害人责任,使受害人处于有力诉讼地位,保护受害人合法权益。^{〔70〕}从《证券法》未对专家责任全然采过错推定责任,可窥探我国法对第三人缔约过失行为侵权的归责原则态度。《证券法》中仅两种情形适用过错推定责任:第一,发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员,违反信息披露义务的责任(《证券法》第85条);第二,证券服务机构违反勤勉义务的责任(《证券法》第163条)。而信息披露义务人违反信息披露义务(《证券法》第85条)、金融机构违反适当性义务(《证券法》第88条)的责任均未采过错推定责任,特别是第85条区分了不同主体的归责原则。由此可知,即使皆为《证券法》调整下的第三人缔约过失行为,亦存在不同归责原则,第三人缔

〔67〕 参见安徽省宣城市中级人民法院(2018)皖18民终975号民事判决书。

〔68〕 前引〔4〕,周友军文,第103页。

〔69〕 参见王利明:《侵权责任法》(第2版),中国人民大学出版社2021年版,第50页。

〔70〕 参见王成:《侵权责任法》(第4版),北京大学出版社2022年版,第47页。

约过失行为的归责原则未有统一为过错推定责任的倾向。此外，通过观察采过错推定责任情形的特征可知，过错推定场合相关主体的义务履行行为具有“隐秘性”，即从现有客观事实难以推断其义务是否履行，从而造成受害人举证困难。如证券服务机构的勤勉责任，证券服务机构出具的虚假记载文件无法直接说明其未尽勤勉责任，因该虚假记载可能为尽勤勉责任仍不能避免的，证券服务机构勤勉义务的履行不为受害人所明视。但金融机构适当性义务的履行则直面受害人，且其推荐的不适当金融产品即为违反注意义务的有力证明，受害人举证较为容易。针对不同缔约过失情形采不同归责原则，符合过错推定责任的立法目的。故此，法律未规定归责原则的第三人缔约过失行为一般采过错责任原则。

（四）第三人缔约过失行为侵权的责任形态辨析

司法实践中第三人缔约过失行为侵权的责任形态，主要为单独责任、连带责任、补充责任三种。其一，单独责任，第三人为一人，自己为自己的侵权行为承担责任。^{〔71〕}如“北京市方正公证处等与张喜发公证损害责任纠纷案”。其二，连带责任，除适用于共同侵权行为外，法律规定或当事人约定亦可适用连带责任。^{〔72〕}共同侵权行为包括两种情形：多数第三人共同缔约过失行为，第三人缔约过失行为与当事人行为构成共同侵权。如“大信会计师事务所、上海市锦天城律师事务所与北京四达星辰劳务服务有限公司、大公国际资信评估有限公司等证券虚假陈述责任纠纷”案，证券服务机构勤勉责任与五洋建设虚假陈述的缔约过失责任构成共同侵权，证券服务机构在其过错范围内对五洋建设公司的虚假陈述责任承担连带责任。^{〔73〕}其三，补充责任适用于提供机会的竞合侵权行为。^{〔74〕}竞合侵权行为，包括直接和间接侵权行为，分别对应直接和间接因果关系；提供机会的竞合侵权行为，进一步区分主行为和从行为，从行为给主行为的顺利实施提供了机会。^{〔75〕}此责任之适用以两个以上侵权行为为必要，且第三人缔约过失行为作为从行为应与当事人损失间有间接因果关系。在“上诉人河南省郑州市黄河公证处与被上诉人周学智、李贵岭、施永化借款合同纠纷案”中，侵权行为实施者仅黄河公证处一人，李贵岭、施永化与周学智之间为借款合同纠纷；且黄河公证处造成周学智的损失非未偿还的借款，而是为维护权益所支出的费用，故法院判决黄河公证处对借款及利息承担补充赔偿责任存在不当。^{〔76〕}

五、结 语

“法者，天下之程式也，万世之仪表也”。^{〔77〕}本文基于立法和司法实践问题，重点探讨了第三人缔约过失的责任性质及规则适用，希冀以此为“天下之程式”予以解读，为司法裁判提供参考，真正实现“法之万世仪表”。本文未涉及第三人缔约过失侵权的法律效果，但其亦为化解现

〔71〕 参见杨立新：《侵权责任法》（第2版），高等教育出版社2021年版，第301页。

〔72〕 参见程啸：《侵权责任法教程》（第3版），中国人民大学出版社2017年版，第137页。

〔73〕 参见中华人民共和国最高人民法院（2022）最高法民申364号民事裁定书。

〔74〕 参见杨立新：《中国侵权责任法研究》（第1卷），中国人民大学出版社2018年版，第249页。

〔75〕 参见前引〔71〕，杨立新书，第313页。

〔76〕 参见河南省郑州市中级人民法院（2018）豫01民终20739号民事判决书。

〔77〕 《管子·明法解》。

实纷争必须探究之问题。根据《民法典合同编解释》第 6 条规定,第三人缔约过失行为侵权的法律效果为赔偿责任,且赔偿范围参照适用第 5 条缔约过失赔偿范围之规定,即赔偿范围主要包括合理费用等直接损失和因丧失其他缔约机会而造成的损失二者。但此规定是否合理,除此二者外是否尚包含其他损失,学界多有论争。如有学者认为缔约过失责任的赔偿范围仅指信赖利益损失,^{〔78〕}而有学者则认为履行利益亦可包含在内。^{〔79〕}第三人缔约过失侵权的赔偿范围如何参照适用缔约过失责任,二者赔偿范围存在何者特殊性仍需进一步思考。

Abstract: In order to adjust the third party's culpa in contrahendo, Article 6 of the Interpretation of the Contract Compilation of the Civil Code (Draft for Soliciting Opinions) adds "third party liability in contract formation". However, there are doubts about its nature and relationship with tort liability, which affects the determination of liability attribution methods. In practice, there are also problems in the relevant judgments of the court, such as confusion in the way of attribution, ambiguity in the scope of the subject of responsibility, ambiguity in the criteria for determining attributable behavior, and doubts about the form of responsibility. In fact, the "third party liability in contract formation" is different from the third party's culpa in contrahendo. It mainly plays a role in defining the connotation of the third party's culpa in contrahendo. This liability does not exist independently of tort liability. However, in specific identification, it should be noted that only those who obtain special trust from the relative party through the trust obtained in the legal act they engage in as a guarantee for transaction security can become responsible subjects. In addition, for the determination of the responsibility of a third party, the third party objectively needs to intervene in the contracting process and engage in behaviors that violate the principle of good faith. Subjectively, the third party must be aware that their actions will have an impact on others and causality should be linked by trust.

Key Words: third party's culpa in contrahendo, the third party's liability in contract formation, tort liability

(责任编辑:朱晓峰 赵建蕊)

〔78〕 参见崔吉子:《债法原理》,北京大学出版社 2021 年版,第 187 页。

〔79〕 参见前引〔55〕,王洪亮书,第 82 页。